

## Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

1334

### 1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht/ Droit constitutionnel et administratif

#### 1.14. Bau- und Planungsrecht. Bodenrecht/ Constructions et aménagement du territoire. Droit foncier

##### BGE 143 II 467: Rechtliches Gehör und Verfahrenskosten im Raumplanungs- und Baurecht

Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil 143 II 467 vom 14. Juni 2017, A. et consorts *contre* Gouvernement de la République et canton du Jura, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (1C\_266/2016), deutsche Übersetzung in Pra 107 (2018) Nr. 94.



DANIELA THURNHERR\*



MICHAEL PLETSCHER\*\*

### I. Zusammenfassung des Sachverhalts

Am 9. Dezember 2015 nahm das Parlament des Kantons Jura Änderungen am kantonalen Bau- und Raumplanungsgesetz (Loi sur les constructions et l'aménagement du territoire [LCAT] vom 25. Juni 1987, RSJU 701.1) vor. Art. 19 betreffend die Einsprache im Baurecht wurde dabei mit einem zusätzlichen vierten Abschnitt folgenden Wortlauts ergänzt:

«*En procédure d'opposition, le requérant supporte les frais relatifs à la séance de conciliation, à moins que l'opposition soit manifestement irrecevable ou manifestement infondée, auquel cas ceux-ci sont mis à la charge de l'opposant. En cas d'échec de la conciliation, les frais subséquents sont mis à la charge de l'opposant qui succombe s'il les a occasionnés sans nécessité.*» (Übersetzung in Pra 107 [2018] Nr. 94: «*Im Einspracheverfahren trägt der Geschwister die sich auf die Schlichtungsverhandlung beziehenden Kosten, ausser wenn die Einsprache offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist, in welchem Fall diese dem Einsprechenden auferlegt werden. Im Fal-*

*le des Scheiterns der Schlichtung werden die nachfolgenden Kosten dem unterliegenden Einsprechenden auferlegt, wenn er sie ohne Notwendigkeit verursacht hat.*»)

Geändert wurde zudem Art. 54 Abs. 2 der Verordnung über die Baubewilligung (Décret concernant le permis de construire [DPC] vom 11. Dezember 1992, RSJU 701.51), der einen mit Art. 19 Abs. 4 LCAT identischen Wortlaut erhielt. Schliesslich wurde Art. 71 zu den Gemeindeplänen mit folgenden Abs. 3 ergänzt:

«*En cas d'opposition manifestement irrecevable ou manifestement infondée, les frais relatifs à la séance de conciliation sont mis à la charge de l'opposant. En cas d'échec de la conciliation, les frais subséquents sont mis à la charge de l'opposant qui succombe s'il les a occasionnés sans nécessité.*» (Übersetzung in Pra 107 [2018] Nr. 94: «*Im Falle einer offensichtlich unzulässigen oder offensichtlich unbegründeten Einsprache werden die Kosten der Schlichtungsverhandlung dem Einsprechenden auferlegt. Im Falle des Scheiterns der Schlichtung werden die nachfolgenden Kosten dem unterliegenden Einsprechenden auferlegt, wenn er sie ohne Notwendigkeit verursacht hat.*»)

Zehn kantonale Parlamentarierinnen und Parlamentarier gelangten in der Folge an die verfassungsrechtliche Abteilung des Kantonsgerichts und verlangten die Aufhebung dieser Bestimmungen. Sie machten unter anderem eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Gehörsanspruchs (Art. 29 Abs. 2 BV) sowie von Art. 4 Abs. 2 RPG (Bundesgesetz über die Raumplanung [Raumplanungsgesetz] vom 22. Juni 1979, SR 700) zur Partizipation der Bevölkerung an der Planung geltend. Das Kantonsgericht wies ihr Rechtsmittel am 3. Mai 2016 ab. Daraufhin riefen vier der unterlegenen Beschwerdeführer – nun als Privatpersonen – das Bundesgericht an und beantragten die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils.

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde am 14. Juni 2017 an einer öffentlichen Sitzung teilweise gut.

### II. Zusammenfassung der Erwägungen

Das Bundesgericht ruft zunächst in Erinnerung, dass es die Bundesrechtskonformität von Gesetzesbestimmungen im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle frei prüft, sich dabei aus föderalistischen Gründen und unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes aber eine gewisse Zurückhaltung auferlegt. In ständiger Rechtsprechung hebt es eine kantonale Bestimmung nur auf, wenn diese keiner Auslegung zugänglich ist, die mit der Verfassung und dem übergeordneten Recht in Einklang steht (E. 1.4, nicht in der amtlichen Sammlung abgedruckt).

In der Folge werden die sich aus Art. 4 und 33 RPG ergebenden Anforderungen erläutert: Gemäss Art. 4 RPG

\* DANIELA THURNHERR, Prof. Dr. iur., LL.M. (Yale), Professorin für Öffentliches Verfahrensrecht, Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht an der Universität Basel.

\*\* MICHAEL PLETSCHER, MLaw, Wissenschaftlicher Assistent an der Universität Basel.

muss die Bevölkerung über die Planungsmassnahmen unterrichtet werden (Abs. 1) und in geeigneter Weise an deren Erarbeitung mitwirken können (Abs. 2; E. 2.1). Art. 33 RPG, der die Anforderungen von Art. 6 EMRK sowie Art. 29 und 29a BV umsetzt, verlangt die öffentliche Auflage der Pläne (Abs. 1) und wenigstens ein Rechtsmittel gegen Verfügungen und Nutzungspläne, die sich auf das RPG stützen (Abs. 2), wobei die Festlegung der praktischen Modalitäten den Kantonen obliegt (E. 2.2). Diese Anforderungen an die Raumplanung hinsichtlich Veröffentlichung und Information gelten aufgrund von Art. 33 Abs. 3 RPG *mutatis mutandis* auch im Kontext der Erteilung von Baubewilligungen (E. 2.3). Zusammenfassend hält das Bundesgericht fest, das jurassische Einspracheverfahren entspreche den Zwecken der Mitwirkung der betroffenen Bürger und erfülle den Anspruch auf rechtliches Gehör und Rechtsschutz der betroffenen Dritten. Zudem ermögliche es der Behörde, von sämtlichen Einwänden Kenntnis zu nehmen (E. 2.4). Somit handle es sich bei der Einsprache um ein nichtstreitiges Verfahren.

Anschliessend lotet das Bundesgericht die Konsequenzen des erwähnten Befundes für die Kostenverteilung aus: Aufgrund des Verursacherprinzips (*principe de causalité*) ist im Bereich des Raumplanungsrechts die öffentlich-rechtliche Körperschaft Urheberin des Projekts. Daher obliegt es ihr bzw. den Eigentümern, die eine neue Planung beantragt haben, die Kosten der öffentlichen Auflage und der Einsprachen zu übernehmen. Bei der öffentlichen Auflage eines Baugesuchs gehen die Kosten grundsätzlich zu Lasten des Baugesuchstellers. Das Bundesgericht stützt sich dabei auch auf das Störerprinzip (*principe du perturbateur*) sowie die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsverfahrens (*principes généraux de procédure*). Danach könnten die Verfahrenskosten nur dem bzw. den Verursachern auferlegt werden. Verwiesen wird in diesem Kontext auf Art. 63 Abs. 1 und 3 VwVG (Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [Verwaltungsverfahrensgesetz] vom 20. Dezember 1969, SR 172.021) sowie auf Art. 218 CPA/JU (Loi de procédure et de juridiction administrative et constitutionnelle [Code de procédure administrative] vom 30. November 1978, RSJU 175.1; E. 2.5).

Ergänzend führt das Bundesgericht aus, das Mitwirkungsrecht und der Gehörsanspruch Dritter würden nur dann Sinn ergeben, wenn die Äusserungsmöglichkeit nicht mit einem Kostenrisiko verbunden sei. Zwecks Vermeidung eines «*chilling effect*» für das Gehörsrecht dürfen dem Einsprecher die Kosten des Einspracheverfahrens daher grundsätzlich nicht auferlegt werden. Anderes kann in einem nachfolgenden Beschwerdeverfahren gelten (E. 2.6).

Abgelehnt wird vom Bundesgericht allerdings eine unbedingte Kostenlosigkeit des Einspracheverfahrens. Das

kantonale Recht kann vielmehr vorsehen, dass in Konstellationen, in denen eine Einsprache als derart missbräuchlich erscheint, dass sie eine Haftung im Sinne von Art. 41 OR (Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht] vom 30. März 1911, SR 220) eintreten lässt, die Kosten dem Einsprechenden auferlegt werden. Der Rechtsmissbrauch muss allerdings offensichtlich sein (E. 2.7).

Gestützt auf diese Ausführungen gelangt das Bundesgericht zum Schluss, dass der erste Satz der streitigen Bestimmungen, der die Auferlegung der Kosten im Falle einer offensichtlich unzulässigen oder offensichtlich unbegründeten Einsprache betrifft, rechtmässig ist (E. 2.8). Demgegenüber lässt sich der zweite Satz dieser Bestimmungen nicht verfassungskonform auslegen. Die Kosten dürfen dem unterliegenden Einsprecher also nicht bereits dann auferlegt werden, wenn er sie «ohne Notwendigkeit» verursacht hat. Die betreffenden Bestimmungen können daher nicht in Kraft gesetzt werden (E. 3).

Nicht zu folgen vermag das Bundesgericht den Beschwerdeführern mit Bezug auf die Rügen der ungenügenden Bestimmtheit sowie des fehlenden öffentlichen Interesses und der mangelnden Verhältnismässigkeit (E. 4).

### III. Bemerkungen

#### A. Einordnung im Kontext der bisherigen Rechtsprechung

Das Bundesgericht hat sich in dieser Entscheidung, der in der Literatur bislang kaum Beachtung gefunden hat, erstmals in grundsätzlicher Weise mit der Kostentragung der Einsprecher in raumplanungs- und baurechtlichen Verfahren befasst. Zwar war es über 20 Jahre zuvor bereits einmal mit einer vergleichbaren Konstellation konfrontiert, als es die Kostenaufgabe in einem Luzerner Fall zu beurteilen hatte.<sup>1</sup> Gemäss § 212 Abs. 2 des Planungs- und Baugesetzes des Kantons Luzern vom 7. März 1989 (PBG/LU; SRL 735) trägt der Einsprecher, der im Baubewilligungs- oder Gestaltungsplanverfahren unterliegt oder auf dessen Einsprache nicht eingetreten wird, die dadurch verursachten amtlichen Kosten. Als willkürlich gerügt wurde im erwähnten Fall die Verpflichtung zur Begleichung bestimmter Aufwendungen. Demgegenüber war mangels entsprechender Rüge die Kompatibilität dieser Bestimmung mit Art. 29 Abs. 2 BV nicht Verfahrensgegenstand. Dass das Bundesgericht damals noch eine andere Ansicht bezüglich des Verhältnisses zwischen der Kostenaufgabe und dem rechtlichen Gehör vertrat, bleibt indes nicht verborgen. Jedenfalls rechtfertigte

<sup>1</sup> BGer, 1P.317/2005, 13.9.2005.

es die Verrechnung einer bestimmten Abklärung zu Lasten des Einsprechers nämlich gerade unter Hinweis auf den Gehörsanspruch.<sup>2</sup>

Im Übrigen entsprach eine Kostenauflegung an den unterliegenden Einsprecher bislang der Rechtslage in verschiedenen Kantonen. Die Verfassungsmässigkeit dieser kantonalen Normen wurde vor BGE 143 II 467 vor Bundesgericht nicht in Zweifel gezogen. Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass in der Literatur zum Umgang mit missbräuchlichen Rechtsmitteln im Sinne einer Alternative zur haftungsrechtlichen Sanktionierung verschiedentlich eine Erhöhung der vom Unterlieger zu tragenden Kosten gefordert wird, ohne dass das Einspracheverfahren davon ausgenommen wurde.<sup>3</sup> Dies impliziert, dass die Kostenaufgabe an die unterliegenden Einsprecher auch seitens der Literatur kaum in Frage gestellt wurde.

## B. Rezeption in der Judikatur

Konsequenzen zeitigt dieser Entscheid daher für jene Kantone, die im Planungs- und Baubewilligungsverfahren das rechtliche Gehör erst im Rahmen der Einsprache ermöglichen. Im Nachgang dazu wurden denn auch bereits entsprechende Verfahren eingeleitet.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden verzichtete in einem Entscheid vom März 2018 aufgrund des Widerspruchs zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf die Anwendung von Art. 96 des Raumplanungsgesetzes vom 6. Dezember 2004.<sup>4</sup> Rund einen Monat später hatte sich dasselbe Gericht mit der identischen Fragestellung zu befassen. Auch in diesem Entscheid nahm es zunächst auf BGE 143 II 467 Bezug, erörterte die Entstehungsgeschichte der strittigen Gesetzesbestimmung und konstatierte, es müsse «sich an die in Ausführung der Grundsatzgesetzgebung des Bundes erlassenen, kantonalen Plan- und Bauvorschriften (vgl. Art. 75 Abs. 1 BV) [...] halten, soweit diese den Zielen und Grundsätzen des Bundesgesetzes entsprechen». Anschliessend hielt es allerdings fest, die vom

Bundesgericht in BGE 143 II 467 dargelegten «Grundsätze zu den Mitwirkungsrechten» blieben «selbst mit der Überwälzung einer angemessenen Amtsgebühr an die Einsprecher im Unterliegensfall noch gewahrt». Die Einsprecher würden «in der Ausübung ihrer Mitwirkungsrechte nämlich nicht gehindert, solange die Gemeinden von den Einsprechern vernünftige Gebühren für die Behandlung unbegründeter Einwände erheben». Daran anknüpfend erachtete das Gericht eine «angemessene Kostenüberwälzung auf die Einsprecher bei Abweisung oder Nichteintreten ihrer Einsprache [...] nicht nur in Fällen [für gerechtfertigt], in denen die Einsprecher ihre eigenen subjektiven Ansichten vertreten (z.B. im Zusammenhang mit Ästhetikvorschriften) oder wo sie etwa in unbegründeter Weise die Tauglichkeit von Beweismitteln kritisieren, sondern auch in solchen, in denen ihre Einwände zu einer besseren rechtlichen Würdigung der Baubewilligung beitragen». In der Folge gelangte es zum Schluss, «die Erhebung einer kleinen Gebühr» solle «lediglich der Abdeckung der amtlichen Kosten für die reine Behandlung der Einsprache dienen», während es «offensichtlich missbräuchlich» wäre, «die Kosten von Abklärungen, die sie [i.e. die Behörden] sonst auch ohne entsprechende Einsprache hätte vornehmen müssen, im Falle einer Gutheissung des Baugesuchs den Einsprechern zu überwälzen».<sup>5</sup> Das Verwaltungsgericht Graubünden erachtete sodann die Leistung einer angemessenen ausseramtlichen Entschädigung an die Gesuchstellenden als zulässig, da der erwähnte Bundesgerichtsentscheid «die Verpflichtung der Einsprecher zur Leistung einer Parteientschädigung an den obsiegenden Bauherrn nicht [untersage]».<sup>6</sup> Bestätigung gefunden hat diese Rechtsprechung in einem rund einen Monat später ergangenen Urteil.<sup>7</sup> In Anbetracht des klaren Widerspruchs zu BGE 143 II 467 erstaunt es nicht, dass das Bundesgericht die Auferlegung der Verfahrenskosten an die Einsprecher auf Beschwerde hin aufhob.<sup>8</sup>

Eine grössere Bereitschaft, die bundesgerichtliche Rechtsprechung umzusetzen, zeigte das Kantonsgericht Luzern. Dieses identifizierte in § 212 Abs. 2 PBG/LU eine dem Kanton Jura vergleichbare rechtliche Ausgangslage und setzte in der Folge die in BGE 143 II 467 begründete Rechtsprechung um.<sup>9</sup>

<sup>2</sup> BGer, 1P.317/2005, 13.9.2005, E. 2.3.

<sup>3</sup> Siehe exemplarisch HUGO CASANOVA, La réparation du préjudice causé par l'opposition injustifiée à un projet de construction, BR 1986, 75–80, 80; ATTILIO R. GADOLA, Die unbegründete Drittbeschwerde im öffentlichen Bauprozess – Korrektive zum Schutz des Baubewilligungspetenten, ZBl 1994, 97–129, 125 ff.; ERIK LUSTENBERGER, Missbräuchliche Einsprachen – Möglichkeiten und Grenzen der Sanktionierung, BR 2006, 36–41, 38; ARNOLD MARTI, Beschränkte Haftung unterliegender Dritter im bau- und planungsrechtlichen Verfahren, in: Anna Böhme/Fabian Gähwiler/Fabiana Theus Simoni/Ivo Zuberbühler (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung, Festschrift für Willi Fischer, Zürich/Basel/Genf 2016, 345–357, 356, alle mit weiteren Hinweisen.

<sup>4</sup> KRG/GR; BR 801.100; siehe VerwGer GR, R 17 37, 6.3.2018, E. 4.

<sup>5</sup> VerwGer GR, R 17 55, 10.4.2018, E. 9b/bb.

<sup>6</sup> VerwGer GR, R 17 55, 10.4.2018, E. 9b/dd.

<sup>7</sup> VerwGer GR, R 17 84 und R 17 85, 19.6.2018, E. 8.2.

<sup>8</sup> BGer, 1C\_388/2018, 8.1.2019, E. 5.

<sup>9</sup> KGer LU, LGVE 2018 IV Nr. 20, E. 3.

## C. Würdigung der bundesgerichtlichen Argumentation

### 1. Verursacher- und Störerprinzip

Das Bundesgericht leitet die Kostenlosigkeit des Einspracheverfahrens für den Einsprecher zunächst aus verschiedenen Prinzipien, namentlich dem Verursacher- und dem Störerprinzip sowie den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens, ab (E. 2.5). Dass es in diesem Kontext nicht auf Rechtsprechung (oder Literatur) verweist, erstaunt nicht. Die gesetzliche Normierung der Kostenverlegung in den Kantonen wurde nämlich bis anhin – soweit ersichtlich – auch nicht unter Bezugnahme auf diese Prinzipien korrigiert oder thematisiert.

Die Beschränkung der kantonalen Verfahrensautonomie gestützt auf das Störer- und das Verursacherprinzip vermag nicht zu überzeugen. Als Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes in persönlicher Hinsicht besagt Ersteres, dass sich polizeiliche Massnahmen lediglich gegen den Störer und «nicht gegen bloss mittelbare Verursacher des polizeiwidrigen Zustandes richten» dürfen.<sup>10</sup> Zunächst lassen sich die Einreichung eines Bauprojekts und die Initiierung einer Planänderung kaum als Begründung eines polizeiwidrigen Zustandes bezeichnen. Sodann geht es bei der Kostenauflegung nicht um die Beseitigung einer unerwünschten Situation. Die Berufung auf ein Prinzip, das nicht auf die zu klärende Konstellation zugeschnitten ist, rechtfertigt eine Beschränkung des kantonalen Regelungsspielraums zweifellos nicht. Was das Verursacherprinzip anbelangt, ist zu beachten, dass dieses zwar auch die Kostentragung betrifft, ihm dabei aber nicht die Qualität eines eigenständigen, aus der Verfassung abgeleiteten Grundsatzes zukommt. Vielmehr setzt seine Geltung eine explizite spezialgesetzliche Normierung voraus.<sup>11</sup> Daher lässt sich die Beschränkung des kantonalen Regelungsspielraums nicht unter Berufung auf dieses Prinzip rechtfertigen.

Kritisch zu würdigen ist sodann die Behauptung der Existenz eines allgemeinen Grundsatzes des Verwaltungsverfahrens, wonach die Verfahrenskosten ausschliesslich dem Verursacher auferlegt werden können. Erstens ist nicht ersichtlich, woraus sich ein solcher Grundsatz ableiten liesse. Zweitens statuieren Art. 63 Abs. 1 und 3 VwVG, die zu dessen Illustration herangezogen werden, gerade nicht ein irgendwie geartetes Verursacherprinzip im Verwaltungsverfahren. Diese Norm gilt nach unbestrittener Ansicht nämlich ausschliesslich für das Beschwerdeverfahren und nicht für

das (vorliegend relevante) nichtstreitige Verwaltungsverfahren.<sup>12</sup> Zudem findet in Abs. 1 ohnehin nicht das Verursacher-, sondern das Unterliegerprinzip Ausdruck.<sup>13</sup> Unbehilflich ist in diesem Kontext schliesslich der Hinweis auf § 218 des jurassischen Verwaltungsverfahrensgesetzes (CPA/JU). Selbst wenn sich daraus ein Verursacherprinzip ableiten liesse, wäre es dem kantonalen Gesetzgeber unbenommen, auf spezialgesetzlicher Ebene davon abzuweichen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die erwähnten Prinzipien und Grundsätze bei näherer Betrachtung nicht als Grundlage für eine Verpflichtung an die Adresse der Kantone zur Kostenlosigkeit des Einspracheverfahrens für die Einsprecher heranziehen lassen.

### 2. Rechtliches Gehör

Daneben verfolgt das Bundesgericht eine grundrechtliche Argumentationslinie, wenn es festhält, die effektive Geltung des Gehörsrechts bedinge, dass damit kein Kostenrisiko verbunden sei (E. 2.6). Der in diesem Kontext zitierte BGE 122 II 274 betraf die Kostenverlegung für die Einsprache in einem Waldfeststellungsverfahren. Die «Einsprache gegen die Waldfeststellung [dient] nicht der formalisierten Ausübung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor einer erstinstanzlichen Entscheidung bzw. verbindlichen Planfestsetzung; sie ist vielmehr ein Rechtsmittel im eigentlichen Sinne».<sup>14</sup> Insofern ist diese Konstellation nicht gänzlich mit der vorliegenden vergleichbar. Parallelen bestehen indes dahingehend, dass die Anhörung der Betroffenen erstmalig im Einsprache- bzw. im Rechtsmittelverfahren zugelassen wird. Ausschlaggebend ist damit in beiden Konstellationen, dass keine vorgängige Anhörung stattgefunden hat.

Der Hinweis auf die Implikationen eines Kostenrisikos für die effektive Wahrnehmung des Gehörsrechts überzeugt. Zwar ist die Ausübung von Grundrechten nicht per se kostenlos: So muss beispielsweise derjenige, der ein die Rechtsweggarantie implementierendes Rechtsmittel ergreift, im Falle seines Unterliegens in der Regel die Verfahrenskosten tragen (Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005, SR 173.32, i.V.m. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Immerhin verlangt das Bundesgericht, dass die Gebühren die Inanspruchnahme der aus der Rechtsweggarantie fließenden Leistungen nicht verunmöglichen oder übermässig

<sup>10</sup> ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich/St. Gallen 2016, N 2608.

<sup>11</sup> Statt vieler JACQUES DUBEY/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Droit administratif général, Basel 2014, N 1315.

<sup>12</sup> Statt vieler MICHAEL BEUSCH, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), VwVG, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2019, Art. 63 VwVG N 1; MARCEL MAILLARD, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 63 VwVG N 1.

<sup>13</sup> Statt vieler BEUSCH (FN 12), Art. 63 VwVG Titel vor N 8; MAILLARD (FN 12), Art. 63 VwVG Titel vor N 12.

<sup>14</sup> BGE 122 II 274 E. 6a.

erschweren dürfen.<sup>15</sup> Sodann darf die Ausübung ideeller Grundrechte mit (wenngleich ihrem Gehalt entsprechenden tiefen) Gebühren verbunden werden.<sup>16</sup> Auch in diesen Konstellationen können die Kostenfolgen den (auch vom Bundesgericht erwähnten) «*chilling effect*» entfalten. Allerdings bestehen gute Gründe, bei der Gehörsvergewährung im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren unabhängig vom Verfahrensausgang von der Kostenauflegung an die Einsprecher abzusehen: Erstens handelt es sich beim rechtlichen Gehör im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren um die niederschwelligste Form der Partizipation, die zugleich *conditio sine qua non* für die Subjektstellung im Verfahren bildet. Sie ermöglicht Drittbetroffenen die erstmalige Artikulation des eigenen Standpunkts, dessen Berücksichtigung regelmässig mitausschlaggebend für den Entscheid hinsichtlich der weiteren Verfahrensbeteiligung ist. Zweitens führt es zu einer Optimierung der Entscheidungsgrundlagen, von der auch die zuständigen Behörden profitieren.<sup>17</sup> Und drittens haben nicht die Einsprecher die Hauptursache für den kostenpflichtigen Sachverhalt gesetzt, sondern die Initianten von Projekten baulicher oder planerischer Natur. Insofern besteht ein massgeblicher Unterschied zur Kostenauflegung im Kontext der Ausübung ideeller Grundrechte, die durch ein Gesuch des Grundrechtsträgers selbst ausgelöst wird.

Dennoch erweist sich die Kostenlosigkeit des Einspracheverfahrens für den Einsprecher auch vor diesem Hintergrund nicht als zwingend. Dem Bundesgericht ist es allerdings nicht verwehrt, eine Grundrechtskonkretisierung vorzunehmen, die sich auch auf den Kostenpunkt auswirkt. Dabei wären allerdings durchaus auch konträre Belange in die Waagschale zu werfen, etwa die Möglichkeit, die Kosten in diesem Stadium als Korrektiv für den im Übrigen gut ausgebauten Rechtsschutz wirken zu lassen. Sieht man vom Hinweis auf den «*chilling effect*» ab, fällt die bundesgerichtliche Begründung äusserst knapp aus. Dass sich das Bundesgericht in keinerlei Weise mit Gegenargumenten auseinandersetzt, erstaunt, zumal der Kanton Jura auf eine langjährige Praxis auch in anderen Kantonen verweisen konnte.

#### D. Tragweite im Bau- und Nutzungsplanverfahren

Eine isolierte Betrachtung der Erwägung 2.5 von BGE 143 II 467 könnte zum falschen Schluss verleiten, dass in bau-

und planungsrechtlichen Angelegenheiten stets der Verursacher, mithin der Baugesuchsteller oder die Planungsbehörde, die Verfahrenskosten zu tragen hat. Dies ist zweifellos nicht der Fall: Abgesehen davon, dass im Rechtsmittelverfahren gemeinhin das Unterliegerprinzip gilt, betont das Bundesgericht, dass es sich beim jurassischen Einspracheverfahren um ein nichtstreitiges Verwaltungsverfahren handelt (E. 2.5). Darüber hinaus kommt dem Argument der niederschweligen Gewährung des Gehörsrechts zentrale Bedeutung zu, was sich auch aus der Bezugnahme auf BGE 122 II 274 betreffend das Waldfeststellungsverfahren ableiten lässt. Vor diesem Hintergrund ist BGE 143 II 467 so zu verstehen, dass jedenfalls dann von einer Kostenauflegung an den unterliegenden Einsprecher abzusehen ist, wenn die Einsprache als nichtstreitiges Verfahren zu gelten hat und dem Einsprecher dabei zum ersten Mal das rechtliche Gehör gewährt wird. Eine davon abweichende Regelung, beispielsweise die Auferlegung der Einsprachekosten nach Massgabe des Obsiegens oder Unterliegens, ist hingegen dann weiterhin zulässig, wenn sich der Einsprecher bereits früher Gehör verschaffen konnte.

Fast alle Kantone kennen in baurechtlichen Angelegenheiten ein Einspracheverfahren im Sinne eines nichtstreitigen Einwendungsverfahrens zwecks Gewährung des rechtlichen Gehörs.<sup>18</sup> Daher zeitigt die mit BGE 143 II 467 begründete Praxis Folgen für eine grosse Zahl der Kantone (wenngleich nicht überall Anpassungen erforderlich sind).

Auch im Nutzungsplanverfahren gilt aufgrund von BGE 143 II 467, dass die erstmalige Gewährung des Gehörsrechts im Rahmen einer Einsprache nicht mit Kosten belegt werden darf. In Konstellationen, in denen die Einsprache nicht zeitgleich mit der Partizipation der Bevölkerung nach Art. 4 Abs. 2 RPG, sondern später stattfindet, stellt sich die Frage, ob und inwiefern die letztgenannten demokratischen Mitwirkungsrechte auch die Anforderungen des rechtlichen Gehörs erfüllen können. Wäre dies der Fall, müsste eine spätere Einsprache für den Einsprecher nicht zwingend kostenlos sein. Auszugehen ist dabei von den Vorgaben, die Art. 33 Abs. 1 RPG für die öffentliche Planaufgabe statuiert. Diese beziehen sich einerseits auf den Gegenstand des Gehörsrechts und andererseits auf die Modalitäten der Anhörung bzw. die Reichweite der Partizipation.<sup>19</sup> Zum ersten Punkt ist festzuhalten, dass zwecks Ermöglichung der demokra-

<sup>15</sup> BGer, 2C\_513/2012, 11.12.2012, E. 3.

<sup>16</sup> Siehe exemplarisch BGE 143 I 147 E. 3.3 mit weiteren Hinweisen.

<sup>17</sup> Zur dualen Natur des rechtlichen Gehörs, die einerseits eine Degradierung zum Objekt verhindert und andererseits optimierte tatsächliche Entscheidungsgrundlagen ermöglicht, statt vieler BGE 144 I 11 E. 5.3 mit weiteren Hinweisen.

<sup>18</sup> DAVID DUSSY, Verfahren, in: Alain Griffel/Hans U. Liniger/Heribert Rausch/Daniela Thurnherr (Hrsg.), Fachhandbuch Öffentliches Baurecht, Zürich/Basel/Genf 2016, N 7.120.

<sup>19</sup> Siehe dazu ALAIN GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht in a nutshell, 3. A., Zürich/St. Gallen 2017, 243 f.; BERNHARD WALDMANN/PETER HÄNNI, Raumplanungsgesetz, Handkommentar, Bern 2006, Art. 33 RPG N 4 ff.

tischen Mitwirkung im Planungsverfahren in der Regel die Planentwürfe öffentlich aufgelegt werden. Die Umsetzung von Art. 4 Abs. 2 RPG geht damit regelmässig über die Vorgaben von Art. 33 Abs. 1 RPG hinaus. Letzterer fordert nicht, dass bereits die Planentwürfe öffentlich aufgelegt werden. Allerdings erreicht die Mitwirkung der Bevölkerung nach Art. 4 RPG nicht die Qualität des Gehörsrechts.<sup>20</sup> Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass die Planungsbehörde die Stellungnahmen von Personen mit Parteistellung anders handhabt als jene der breiten Öffentlichkeit; dies bedarf allerdings einer gesonderten Behandlung der beiden Akteurguppen. Wenn die zuständigen Behörden das rechtliche Gehör im Mitwirkungsverfahren angemessen und unentgeltlich gewähren, spricht nichts dagegen, einem unterliegenden Einsprecher im nachfolgenden Planauflege- und Einspracheverfahren bei Unterliegen Kosten aufzuerlegen.

## E. Kantonaler Spielraum: Offensichtlicher Rechtsmissbrauch als Voraussetzung für die Kostenauflegung

### 1. Bezugnahme auf Art. 41 OR

Bei der Formulierung der Voraussetzungen, unter denen die Kantone die Verfahrenskosten ausnahmsweise dem Einsprecher auferlegen können, knüpft das Bundesgericht an Art. 41 OR an. In Anwendung dieser Bestimmung könne die Ausübung eines Verfahrensrechts (nur) dann haftungsrechtliche Konsequenzen zeitigen, wenn der Einsprecher vorsätzlich oder grobfahrlässig gehandelt habe (*«s'il a agi par dol ou négligence grave»*). Mit anderen Worten (*«Autrement dit»*) sei eine Verfahrenshandlung lediglich dann unrechtmässig, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstosse oder als bösartig zu qualifizieren sei (*«lorsqu'il apparaît contraire au principe de la bonne foi ou malveillant»*), wobei der Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB offensichtlich sein müsse (E. 2.7).

Die Adaption der von Art. 41 OR statuierten Haftungsvoraussetzungen auf die Tragung der Einsprachekosten verdient Zustimmung, ist das aufzulösende Spannungsverhältnis in beiden Konstellationen doch durchaus vergleichbar: Die Praxis zu Art. 41 OR im Kontext von Schädigungen aufgrund prozessualen Handelns schafft nämlich einen Ausgleich zwischen einerseits dem grundrechtlich bzw. gesetzlich garantierten Recht, ein Rechtsmittel zu ergreifen, und andererseits den legitimen Interessen des Baugeuchstellers an der Deckung daraus resultierender Schäden. Sie stellt sicher, dass die Rechtssuchenden nicht aufgrund

finanzieller Risiken von der Ergreifung von Rechtsmitteln abgehalten werden, ermöglicht aber dem Baugeuchsteller in ausgewählten Konstellationen einen Ausgleich für den damit einhergehenden finanziellen Schaden.

Die Kriterien der Widerrechtlichkeit und des Verschuldens stellen hohe Hürden für die Inanspruchnahme von Einsprechern mit unlauteren Motiven dar. Die nachfolgend zu erörternden Voraussetzungen dürften daher nur in seltenen Fällen erfüllt sein. Da die Rechtsordnung selbst Rechtsmittel zur Verfügung stellt und die Möglichkeit, sich gegen staatliche Akte zur Wehr zu setzen, elementarer Bestandteil des Rechtsstaats ist, darf nicht vorschnell auf die widerrechtliche Ergreifung eines Rechtsmittels geschlossen werden. Vielmehr ist von der grundsätzlichen Rechtmässigkeit der Einspracheerhebung auszugehen. Der Umstand, dass ein Rechtsmittel abgewiesen wird oder darauf nicht eingetreten werden kann, begründet daher klarerweise keine Widerrechtlichkeit. Vielmehr muss ein Verstoss gegen eine aus der Rechtsordnung resultierende Verhaltensnorm vorliegen.<sup>21</sup> Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann lediglich die missbräuchliche, böswillige oder gegen Treu und Glauben verstossende Ausübung von Verfahrensrechten eine widerrechtliche Handlung im Sinne von Art. 41 OR begründen.<sup>22</sup>

Zusätzlich zur Widerrechtlichkeit muss seitens des Einsprechers Verschulden vorliegen. Auch bei der Konkretisierung dieses Erfordernisses ist zu vermeiden, dass aufgrund der Formulierung strenger Verhaltensanforderungen der Rechtsschutz geschmälert wird. Nach herrschender Auffassung, die auch in BGE 143 II 467 E. 2.7 zum Ausdruck kommt, bedarf es eines absichtlichen oder grobfahrlässigen Verhaltens bei der Ausübung der Verfahrensrechte. Erst dann kann ein Verschulden bejaht werden. Als grobfahrlässig ist dabei jenes Handeln zu qualifizieren, das «die elementarsten Vorsichtspflichten ausser Acht lässt, die sich unter den gegebenen Umständen jedem vernünftigen Menschen aufgedrängt hätten».<sup>23</sup>

### 2. Betroffene Kosten

BGE 143 II 467 betrifft lediglich die aus der Behandlung der Einsprache resultierenden Verfahrenskosten. Nicht ge-

<sup>20</sup> Siehe zu den zentralen Unterschieden WALDMANN/HÄNNI (FN 19), Art. 4 RPG N 15.

<sup>21</sup> Siehe dazu GADOLA (FN 3), 103, LUSTENBERGER (FN 3), 36; MARTI (FN 3), 353, alle mit weiteren Hinweisen.

<sup>22</sup> Siehe BGer, 4C.119/1996, 21.1.1997; dazu SIMON SCHALTEGGER, Haftung des Nachbarn für Verzögerungsschäden infolge Erhebung von Rechtsmitteln gegen eine Baubewilligung?, BR 1997, 101–103; zu den hohen Anforderungen für die Annahme offenbaren Rechtsmissbrauchs statt vieler auch RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bern 2012, N 2118.

<sup>23</sup> GADOLA (FN 3), 107 mit Hinweisen auf die Judikatur und die Literatur.

äussert hat sich das Bundesgericht in diesem Entscheid zu den Kosten des Baugesuchstellers, beispielsweise den Aufwendungen für einen Rechtsvertreter und allfällige Gutachten. Die vom Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden vertretene Ansicht, wonach die Verpflichtung des Einsprechers, dem Baugesuchsteller eine Parteientschädigung zu entrichten, nicht untersagt sei, ist trotzdem abzulehnen.<sup>24</sup> Das damit einhergehende Kostenrisiko zeitigt nämlich einen «*chilling effect*», welcher der Situation bei den Verfahrenskosten gleichkommt. Davon scheint im Übrigen auch der Gesetzgeber des Kantons Graubündens auszugehen. Mittlerweile ist die Pflicht zur «Leistung einer angemessenen ausseramtlichen Entschädigung an die Gesuchstellenden» nämlich auf offensichtlich unzulässige und offensichtlich unbegründete Einsprachen beschränkt (Art. 96 Abs. 2 KRG/GR).

Soweit eine Einsprache nicht gesamthaft, sondern nur in einzelnen Punkten missbräuchlich ist (indem sie beispielsweise zu einer unnötigen Verfahrenserweiterung führt oder unnötige Abklärungen veranlasst), ist dies bei der Auferlegung der Kosten ebenfalls zu berücksichtigen. In einer solchen Situation ist dem Einsprecher lediglich ein Teil der Kosten zu belasten. Zu beachten ist zudem, dass die zuständige Behörde insofern eine Schadensminderungspflicht trifft, als sie bei missbräuchlichen Einsprachen gehalten ist, nicht darauf einzutreten oder auf eine entsprechende Ausweitung des Verfahrensgegenstands zu verzichten.

## F. Fazit

Das Bundesgericht stärkt mit BGE 143 II 467 das Gehörrecht, indem es die unterliegenden Einsprecher – rechtsmissbräuchliches Handeln vorbehalten – von der Tragung der Verfahrenskosten befreit. Wenngleich die bundesgerichtliche Argumentation nicht in allen Punkten gleichermaßen überzeugt, verdient das Ergebnis Zustimmung. Es trägt nämlich dem Umstand Rechnung, dass bau- und planungsrechtliche Verfahren regelmässig mit komplexen Interessenabwägungen verbunden sind. Der Artikulationsmöglichkeit Drittbetroffener kommt daher besondere Bedeutung zu, und zwar nicht nur hinsichtlich der Optimierung des Entscheids, sondern auch bezüglich dessen Akzeptanz.

<sup>24</sup> VerwGer GR, R 17 55, 10.4.2018, E. 9b/dd.